

O regime da (in)capacidade civil entre a autonomia e a proteção: uma releitura civil-constitucional

The system of the civil (un)capacity between autonomy and protection: a reinterpretation civil-constitutional

Deborah Pereira Pinto dos Santos*
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

Resumo: Mediante pesquisa bibliográfica, o presente trabalho tem por objetivo examinar o instituto da capacidade jurídica, a fim de identificar em que casos é autorizada a restrição da capacidade de exercício e, principalmente quais os critérios adotados para tanto. A abordagem da matéria exige preliminar compreensão dos conceitos de personalidade, capacidade e subjetividade, destacando a influência que a autonomia privada tem provocado nestes institutos, sobretudo quando voltada para os atos existenciais. O regime da (in)capacidade civil foi construído sob a égide de uma codificação patrimonialista, que descurou do espaço de autodeterminação existencial, que, hoje, por força do princípio da dignidade da pessoa humana se situa no vértice do ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento da autonomia na seara existencial tem exigido dos intérpretes uma revisitação das causas de incapacidade civil, impedindo, desse modo, que as restrições impostas ao exercício de direitos e obrigações por pessoa juridicamente incapaz viole à sua liberdade e dignidade. Pretende-se, assim, visitar o conceito de (in)capacidade, contribuindo para a proteção da pessoa humana em sua dignidade.

Abstract: This work aims to conduct a literature review to examine the institution of legal civil capacity, in order to identify cases in which it is permitted to restrict the full exercise of legal capacity and, especially, the criteria adopted. The matter requires preliminary understanding of the legal concepts of personality, capacity and subjectivity, highlighting the influence of private autonomy on these legal categories, especially in respect to existential acts. The system of incapacity was constructed under a patrimonial civil code, which refused any room for existential self-determination, which, today, under the constitutional principle of human dignity is at the heart of the Brazilian legal system. The recognition of existential autonomy has demanded from the legal interpreters to review the reasons for civil incapacity, in order to prevent the restrictions imposed on the exercise of rights and obligations by persons legally incapable from violating their freedom and dignity. It is here intended to revisit the concept of civil (in)capacity, therefore contributing to the protection of the person in their dignity.

Palavras-chave: Personalidade jurídica; capacidade jurídica; subjetividade; autonomia privada; dignidade humana.

Key-words: Legal personality; legal capacity; subjectivity; private autonomy; human dignity.

* Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ). Associada do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Advogada.

** Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do IBMEC-Rio. Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, EMERJ e PUC-Rio. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Advogado.

1. Notas introdutórias

Capacidade jurídica é definida, de forma corrente, como a aptidão abstrata que possuem as pessoas para adquirir e exercer direitos e deveres na ordem civil. Nos termos do art. 1º do Código Civil, todas as pessoas – naturais e jurídicas – têm capacidade de direito. Contudo, a noção, se repetida inadvertidamente e sem maior reflexão, acaba por se confundir com outros conceitos jurídicos, como os de personalidade e subjetividade. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 263), a capacidade jurídica seria o conteúdo da personalidade “na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de alguém ser titular dele”.

A importância de saber o real significado da capacidade jurídica é impar, pois, se todas as pessoas têm a faculdade abstrata de titularizar situações jurídicas subjetivas, para que o sujeito de direito (quando pessoa física) possa exercer pessoalmente a liberdade que o ordenamento jurídico lhe concede para os atos da vida civil, o Código Civil prevê certos requisitos, cuja ausência impõe a condição de incapacidade.

Para a ordem civil, o divisor de águas, a linha que separa a capacidade da incapacidade é a presença do discernimento, o qual é comumente entendido na doutrina como “[...] a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 191-192).¹

Para as pessoas naturais, enquanto a capacidade de direito decorre da mera condição de ser pessoa, a capacidade de fato depende da existência de entendimento, inteligência e vontade própria (AMARAL, 2000, p. 225). Somente com discernimento, a pessoa terá autonomia para livremente tomar as decisões relacionadas à vida civil e poderá ser responsável por elas.

Decerto, mais do que distingui-lo de outros conceitos, o instituto da capacidade civil, elaborado sob bases patrimonialistas anteriores à ordem constitucional de 1988, precisa de reformulação. Isso porque se a autonomia privada não é mais vista como um valor em si mesmo, já que qualitativamente alterada por força dos valores e princípios constitucionais,

¹ V. MARTINS-COSTA, Judith. *Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos*: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, vol. 6, 2009, p. 9-10, texto gentilmente cedido pela autora: “a posição peculiar em que se encontra o homem, no cume da inteira natureza no fato de ser o único capaz de *compreender* e, assim, alcançar a *consciência de si*, trazendo consigo o mundo inteiro à sua completude”.

deve a ordem jurídica voltar-se para a investigação das singularidades da pessoa humana (PERLINGIERI, 2008, p. 400).²

A ascensão da dignidade da pessoa a valor supremo do ordenamento pátrio impõe a revisitação do regime das incapacidades como disciplinado no Código Civil. Assim é imperioso indagar-se até que ponto a função pretendida pelo legislador ainda pode ser alcançada, uma vez que a restrição à capacidade de fato assentava-se na proteção do incapazes. Hoje, já se percebe que a severa imposição de limites ao exercício dos atos civis, sobretudo aqueles ligados à autonomia existencial, subtraí parcela da liberdade da pessoa, violando sua própria dignidade.

Alguns exemplos ilustram bem a atual insuficiência do instituto da capacidade civil. Em 2010, um caso veio a tona na mídia: Malu Rodrigues, uma atriz de 16 anos, emancipada (e, portanto, plenamente capaz³), foi proibida pela Justiça de São Paulo de exibir o seio direito e simular a prática de ato sexual em cenas de um musical da Broadway chamado “O despertar da primavera”⁴, que estava sendo montado no Brasil. Na decisão, foi estabelecido que o fato de a adolescente ser emancipada não excluiria a aplicação do Estatuto da Criança e Adolescente⁵, lei protetiva que expressamente proíbe menores de 18 anos nus e seminus em eventos artísticos⁶. Embora plenamente capaz, a jovem atriz não teria discernimento para (e precisaria ser protegida contra) esse tipo de exposição.

Outro caso, no Peru, causou bastante perplexidade. Um casal de surdos-mudos, Frank González e Keyla Caballero, tiveram a solicitação de casamento negada, porque o subgerente do Registro Civil entendeu que pessoas surdas-mudas eram impedidas de casarem por não poderem dizer “sim”. A razão jurídica seria o art. 241 do Código Civil peruano, segundo o

² “[...] a autonomia negocial se conforma às escolhas de fundo que caracterizam o ordenamento, segundo os dados normativos (princípios e regras) extraídos do ordenamento na sua completude”. Cf., em igual sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 14-15.

³ São causas de emancipação, conforme o parágrafo único do art. 5º do Código Civil: “(omissis) I – pela concessão dos pais ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego efetivo; IV – pela colação de grau em curso superior; e V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria”. No caso, Malu Rodrigues foi emancipada voluntariamente pela concessão dos pais, por meio de instrumento público registrado, para poder participar da musical.

⁴ Disponível: <<http://virgula.uol.com.br/legado/menor-emancipada-e-proibida-de-mostrar-o-seio-na-peca>>. Acesso em 25 out. 2013.

⁵ Neste sentido, sublinhe-se o teor do enunciado n. 530, da VI Jornada de Direito Civil: “A emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

⁶ A decisão teve por fundamento o art. 240 do ECA (Lei n. 8.069/1990), segundo o qual é crime “produzir, reproduzir, dirigir, fotografar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornografia, envolvendo criança ou adolescente”.

qual “não podem contrair matrimônio os surdos-mudos que não souberem expressar sua vontade de maneira incontestável”. O casal, que evidentemente possuía pleno discernimento para saber os direitos e deveres advindos do casamento, conseguiu tempos depois manifestar sua vontade por meio próprio e realizar o sonho de se casar.⁷

Esses casos demonstram que, não raras vezes, o excesso de proteção pretendido pelo regime das incapacidades põe em xeque a legitimidade do próprio sistema, uma vez que a atuação estatal torna-se violadora dos direitos existenciais. Por outro lado, questiona-se se tal regime ainda continua legítimo para fins negociais, tendo em vista que em alguns casos o próprio legislador excepcionou a regra da capacidade civil plena para testar (art. 1.860, p. u.) e casar (art. 1.517), institutos com claros efeitos patrimoniais.

Nessa toada, o presente trabalho objetiva examinar o atual regime da capacidade jurídica disciplinado pelo Código Civil em face da proteção da pessoa humana, em sua autonomia e dignidade, permitindo-se a livre construção da personalidade de cada sujeito, sem descuidar da proteção que algumas pessoas necessitam em virtude da sua real incapacidade para a tomada de decisões na vida civil.

2. Refinando os conceitos: personalidade, subjetividade e capacidade. Titularidade.

Pietro Perlingieri já afirmou que “a personalidade jurídica é a atitude de ser titular de direitos e de deveres. Este é um perfil apenas estrutural. Trata-se de um centro de estrutura subjetiva, enquanto a pessoa humana é um valor. Tal é a diferença” (PERLINGIERI, 1998-1999, p. 77). De fato, encontra-se uma grande dificuldade na doutrina em geral para distinguir conceitualmente as noções de personalidade, subjetividade e capacidade.⁸

Quanto à primeira, a rigor, identificam-se dois sentidos técnicos para o termo⁹. Por um lado, sob o ponto de vista estrutural, é a qualidade para ser sujeito de direito (titular de direitos e deveres), “centro de estrutura subjetiva”, conceito aplicável às pessoas físicas e

⁷Exemplo retirado de MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. Direito do incapaz à constituição da própria família. In: *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 350-351.

⁸ Por exemplo, Adriano de Cupis, como grande parte da doutrina, não separa as ideias, entendendo que “a personalidade, ou a capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica” (CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008, 2. ed., p. 19).

⁹ Já atribuía dois sentidos ao termo “personalidade”, DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151, sendo o primeiro como sinônimo de capacidade jurídica (perspectiva técnico-jurídica) e o segundo como “complexo de seus atributos”, “um complexo de bens que são do mais alto interesse para o Direito”, que compõem os direitos da personalidade.

jurídicas. Por outro, traduz, na perspectiva valorativa, “o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural” (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2008, p. 4).¹⁰

Por encerrar uma polissemia, a noção de personalidade é utilizada, simultaneamente, como qualificação de sujeito de direito e como valor tutelado objetivamente pelo ordenamento. Como consequência, há dois equívocos graves: confere-se personalidade a todos os entes que para o ordenamento possuem a qualidade de sujeito de direito; e atribui-se o valor jurídico representado pela personalidade indistintamente a pessoas naturais e jurídicas (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2008, pp. 4-5).

Na lição de Gustavo Tepedino,

[...] considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como um valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada (2008, p. 29).¹¹

Portanto, ter personalidade como *valor* é característica da pessoa humana, atraindo, por essa razão, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito que o ordenamento concede indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados, deve designar a *subjetividade*, separando-se o sentido valorativo para a *personalidade* (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2008, pp. 4-5).¹²

Com efeito, a subjetividade pode ser vista como a qualificação jurídica que o ordenamento atribui a certas entidades, concedendo-lhes o papel de sujeito, isto é, entes portadores de interesses morais ou patrimoniais relevantes (PERLINGIERI, 2008, pp. 713-714). Em outras palavras, ter subjetividade é ter a *qualidade de sujeito de direito*, ser titular

¹⁰ A mesma posição foi antes desenvolvida em TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 3. ed., p. 28-29.

¹¹ Leciona Judith Martins-Costa que “[...] hoje em dia é indiscutido: personalidade é qualidade singular e o singular é o indivíduo, a quem é reconhecida uma dignidade pelo simples fato de *ser pessoa*. Entre ‘ser humano’, ‘homem’ (enquanto indicativo do gênero humano), ‘sujeito de direitos’ e ‘pessoa’ há consagrada sinonímia que esconde, todavia, séculos de laboriosa construção: (...) entre indivíduo, pessoa, personalidade e dignidade – signos sonoros de uma antropologia – sendo atados os invisíveis fios que tecem, desde o Prometeu de Ésquilo, a nossa cultura, mas que encontram no Renascimento uma fundamental perspectiva” (*Op. cit.*, p. 6).

¹² No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. *A Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. XXVI-XXVII.

de situações jurídicas subjetivas: as pessoas físicas ou entidades jurídicas na dupla fisionomia de pessoas jurídicas ou entidades desprovidas de reconhecimento formal.

A subjetividade é, por conseguinte, um ponto de referência subjetivo, centro de imputação de interesses e situações jurídicas subjetivas. Nas pessoas físicas, tende a uniformidade formal e substancial, em razão do princípio da igualdade que impera no ordenamento, superando no que for possível as diferenças existentes quando discriminatórias. Já nas pessoas jurídicas, a subjetividade é funcionalizada e se apresenta particularmente influenciada pela qualidade dos fins e pelo tipo e importância da organização (PERLINGIERI, 2008, p. 714).

Quanto à terceira noção, objeto central do presente estudo, a capacidade de direito é entendida como a “faculdade abstrata de gozar os seus direitos” (ASCENÇÃO, 2000, p. 135), ou seja, constitui a aptidão genérica da pessoa para titularizar situações jurídicas subjetivas. Todo ente qualificado como pessoa – natural ou jurídica – pelo ordenamento jurídico possui capacidade. Cuida-se de critério *quantitativo*, que se opõe ao critério *qualitativo* da personalidade e, por isso, a capacidade é considerada como medida da personalidade. Nesse sentido, enquanto a personalidade é valor que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pela ordem jurídica, como realização desse valor (AMARAL, 2000, p. 216).

Já a titularidade, conceito também relacionado ao da capacidade jurídica, é a união da pessoa com um direito, dever ou qualquer outra situação jurídica subjetiva. Registre-se que, conforme leciona Pietro Perlingieri, “o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular” (2008, p. 715)¹³. Torna-se patente, portanto, que o “sujeito não é parte imanente da situação subjetiva, mas que no máximo é elemento essencial para a individuação da titularidade da própria situação” (PERLINGIERI, 2008, p. 715).

Em que pese a titularidade qualifique-se como a ligação entre sujeito e situação subjetiva, Pietro Perlingieri afirma que “existem situações existenciais que são juridicamente relevantes antes mesmo da existência do sujeito” (2008, p. 721). Assumindo que a subjetividade constitui-se para as pessoas naturais com o nascimento com vida, ao menos sob

¹³ O autor traz o exemplo da doação em favor do nascituro. A hipótese também é prevista em nosso ordenamento, no art. 542 do Código Civil, segundo o qual “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Segundo TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., p. 223, “importa, também distinguir a disciplina jurídica dessa doação em que o contemplado é o nascituro, daquela em que a liberalidade visa a beneficiar pessoa já nascida viva, mas incapaz. No primeiro caso, pode o representante legal aceitá-la em seu nome, como visto; no segundo, tem-se um consentimento ficto – ou, como se preferire, dispensa-se o consentimento, como se perceberá dos termos do art. 543”.

a ótica tradicional, o autor entende que em hipóteses “determinadas e específicas” é possível se ter um centro de interesses juridicamente relevante “apesar da inexistência (o não nascimento) do sujeito titular do interesse” (2008, p. 721). Nesse sentido, se discute a possibilidade de atribuir a titularidade de determinadas situações jurídicas aos nascituros¹⁴, sem que isso implique na concessão de personalidade ou subjetividade.¹⁵

3. Ser pessoa: pessoa como sujeito de direitos. A pessoa jurídica.

A compreensão da capacidade jurídica está umbilicalmente relacionada à ideia de pessoa, embora não sejam conceitos sinônimos. Conforme Heloisa Helena Barboza, “pessoa é um conceito que se refere a uma existência; capacidade jurídica é uma das qualidades ou manifestações essenciais da personalidade” (2011, p. 324).

Lembra Judith Martins-Costa que, diversamente, durante grande parte da história, “pessoa” era visto como algo que se tem: *habere personam*, “confundia-se, pois, com o papel social desempenhado (‘representado’)” pelo indivíduo. Foi, assim, no período Renascentista, que surgiu “a ideia estatutária de pessoa, isto é, a pessoa como possessão de um estado”, o sujeito de direitos. A partir daí, “a doutrina civilista preparou a ferramenta de que o direito moderno careceria, inventando o sujeito de direito como *ser dotado de capacidade* para atuar na ordem jurídica assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades” (2009, p. 19-23).

O conceito axiológico de pessoa não se confunde com a concepção jurídica. Pessoa, no sentido axiológico, é um *nomen dignitatis* e considerar um ente pessoa significa atribuir-lhe o *status personae*, como ente portador da dignidade humana. Com efeito, são traços delimitadores do conceito não apenas a racionalidade autônoma, como também aspectos do recorte psicofísico individualizado e do aspecto relacional, qual seja, “a abertura para o outro e para o mundo: a alteridade, sendo assim ‘pessoa’ um conceito relacional” (SILVA; CICCIO, 2011, pp. 123-124).¹⁶

¹⁴ O Código Civil estabelece em seu art. 2º que a personalidade da pessoa natural começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

¹⁵ Sobre o tema, Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13. Para um estudo específico sobre a titularidade de situações jurídicas extrapatrimoniais dos nascituros, seja consentido remeter à ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 194 f., 2014.

¹⁶ Judith Martins-Costa ensina que a alteridade “permite discernir entre o sujeito e o objeto consistindo na própria descoberta da capacidade de compreender os objetos em seu lugar efetivo, na sua distinção dos outros, na sua individualidade autêntica, sendo assim, o lócus que faz pensável a individualidade. Sem a conquista da perspectiva – isto é, sem a diferenciação entre o singular e o coletivo, entre o eu e o outro – não se poderia

Tal não é, contudo, a concepção que o direito tem de pessoa. Na linguagem jurídica, pessoa é aquele a quem o ordenamento atribui a qualidade de sujeito de direitos¹⁷, aquele que possui subjetividade. Nesse diapasão, toda pessoa seria jurídica (AMARAL, 2000, p. 214-215), visto que um produto artificial do Direito. Assim, em sentido puramente técnico, ser pessoa é ser sujeito de direitos, isto é, um centro de imputação de situações jurídicas subjetivas, não havendo coincidência entre a noção de pessoa e a de ser humano.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2011, pp. 177-178) pontua que “o vocábulo pessoa pode assumir diversos significados, em função do contexto no qual é utilizado ou estudado”. Desse modo, “[N]a acepção jurídica, designa o ente a quem se atribui direito e obrigações. É o sujeito de relações jurídicas. É o centro de imputação de situações jurídicas. É o sujeito de direito. É o destinatário de normas jurídicas. É o ator que pode desempenhar diferentes papéis no cenário jurídico”.

Segundo Francisco Amaral (2008, p. 252), o termo pessoa “tem um significado vulgar e outro jurídico”. Em sentido comum, “pessoa é o ser humano, mas tal sentido não serve ao Direito, que tem vocabulário específico”, enquanto que, na linguagem jurídica, “pessoa é o ser com personalidade jurídica, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. [...] Pessoa é o ser humano como sujeito de direitos”.

Diogo Luna Moureira (2011, p. 96) leciona que há uma diferença entre a *qualidade de ser humano* e a *condição de ser pessoa*, “posto que ambos, apesar de poderem ser interpretados como conceitos idênticos pelos desavisados, diferem entre si na medida em que seus conteúdos são distintos”. Segundo o autor, é preciso ressaltar que a pessoalidade é “apenas construída no interior de uma esfera de relações na qual a autonomia privada e a alteridade se efetivam, ser pessoa pressupõe um *condição* que difere de uma mera *qualidade* atribuída a uma espécie, permitindo que esta seja chamada de homem” (2011, p. 98). Nessa ótica, “para o Direito não é suficiente afirmar que a *pessoa* é um ser humano simplesmente porque integra uma determinada espécie [...]. Ser pessoa é ser alguém além de ser apenas humano” (MOUREIRA, 2011, p. 98).

chegar ao significado da personalidade humana como centro original e autônomo. Não se poderia sequer colocar os dados de uma equação que só mais tarde fez sentido, a saber: que todos os seres humanos são pessoas, mas que só os seres humanos são pessoas” (*Op. cit.*, p. 7).

¹⁷ Para San Tiago Dantas, “[...] o sujeito de direitos é uma pessoa: pode ser o homem e, nesse caso, nós o chamamos pessoa física ou natural; e pode ser um grupo de homens, ao qual se atribui artificialmente uma unidade e, nesse caso, nós o chamamos pessoa jurídica” (*Op. cit.*, p. 132). Contudo, se todas as pessoas são sujeito de direito, o inverso não é verdadeiro, havendo sujeitos que não são pessoas. O nascituro, na concepção de parte da doutrina, apesar de ser sujeito de direito, ainda não seria pessoa. V. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 262. Em sentido contrário, Francisco Amaral defende que o nascituro possui personalidade jurídica, mas só adquire capacidade com a vida extrauterina (*Op. cit.*, p. 219).

Paulo Lôbo (2012, p. 96) assevera que pessoa é “atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza. É, portanto, conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito”. Na legalidade constitucional, a pessoa humana é mais do que mero titular de situações jurídicas subjetivas. Ela é, ao mesmo tempo, alvo de todo arcabouço protetivo dos atributos essenciais à sua dignidade, voltados à tutela e à promoção do livre desenvolvimento da personalidade em sentido objetivo. A pessoa humana torna-se, portanto, central e de valor nuclear do ordenamento jurídico. É forçoso reconhecer que o atual conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o de pessoa. Consoante lição do mesmo autor, “há sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas” (LÔBO, 2012, p. 99). Sujeitos de direito seriam, portanto, “todos os seres e entes dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder por deveres jurídicos” (LÔBO, 2012, p. 96).

Como já afirmado, não obstante a personalidade seja um atributo próprio da condição humana, o direito a concede a certas organizações sociais na forma de subjetividade. A *pessoa jurídica* pode ser concebida como reunião de pessoas ou de bens livres dotados para determinando fim, por escritura pública ou testamento (as chamadas fundações), com subjetividade e capacidade civil autônomas e, por conseguinte, sujeito de direito distinto de seus membros, com aptidão própria para titularizar situações jurídicas subjetivas (BARBOZA, 2011, p. 326).¹⁸

Portanto, da mesma forma que a pessoa física, a pessoa jurídica e certos entes despersonalizados – em razão de expressa previsão legal (TEPEDINO, 2013, p. XXVI-XXVII)¹⁹ – são dotados de subjetividade e, com isso, lhes é conferida a capacidade para ser sujeitos de direito. Não obstante, parte da doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por não diferenciar os dois sentidos atribuídos ao conceito de personalidade – como qualificação de sujeito de direito e como valor objetivamente tutelado pelo ordenamento –,

¹⁸ Conforme Francisco Amaral, de modo geral, as teorias para definir a natureza da pessoa jurídica podem ser reunidas em dois grandes grupos, o da *ficção* e o da *realidade*. Pelo primeiro, parte-se do ‘pressuposto de que só o homem é sujeito de direito, sendo a pessoa jurídica uma criação do legislador, contrária à realidade, mas imposta pelas circunstâncias. [...] Constroí-se, desse modo, uma ficção jurídica, uma situação que, diversa da realidade, assim é considerada pelo ordenamento jurídico; ou, de outro modo, o Estado, consciente do artifício, utiliza-o e justifica-o em função de razões de política jurídica’. Já pelo segundo grupo, as pessoas jurídicas são uma realidade. Na vertente da realidade técnica, a concepção da ‘pessoa jurídica resulta de um processo técnico, a personificação, pelo qual a ordem jurídica, atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. As pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica’ (*Op. cit.*, p. 276-279).

¹⁹ Cf., neste sentido, FAGUNDES, Henrique. A capacidade de ser parte e os entes despersonalizados. In: *Revista de Direito Renovar*, vol. 34, jan./abr., 2006, p. 59-114.

acabam por estender a proteção dos chamados direitos da personalidade²⁰ às pessoas jurídicas, admitindo o seu ressarcimento por danos morais.²¹

Como destaca Gustavo Tepedino (2013, p. XXVI-XXVII), apesar da importância prática da solução pretoriana, por permitir que se assegure o ressarcimento em hipóteses de difícil configuração e liquidação de danos, “é de se conjugar perigosa a associação da lógica empresarial, informada pelos valores próprios das relações jurídicas patrimoniais, à tutela da pessoa humana, que preside as relações jurídicas existenciais”.

Decerto, deve ser ressaltado que a capacidade de direito das pessoas jurídicas é voltada para as situações jurídicas subjetivas patrimoniais. Essa tendência, de sua extensão para abranger as situações jurídicas subjetivas existenciais, como lembram Denis Franco Silva e Maria Cristina de Cicco (2011, p. 133-135), é equivocada e arriscada. É equivocada porque as pessoas jurídicas materializam-se unicamente como complexos de administração de interesses patrimoniais, sendo que qualquer dano por elas suportado não possuirá natureza diversa. Ainda, é arriscada na medida em que tal extensão da capacidade de direito a pessoas

²⁰A personalidade, como valor fundado na cláusula geral de tutela da pessoa humana, não pode ser protegida somente com base em direitos subjetivos, categoria elaborada para dar conta de relações jurídicas patrimoniais. Sobre o assunto, cabe registrar importante crítica de Pietro Perlingieri, que defende que “[...] devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar à personalidade à categoria (em aparência ‘geral’, portanto, vista – sem razão – como ‘universal’) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado na tradição patrimonialística. [...] A esta categoria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e o objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica” (*Perfis de direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 155). Em igual sentido, v. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, t. I., 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-39. Em posição diversa, Adriano de Cupis afirma que “[...] todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo” (*Op. cit.*, p. 23).

²¹Súmula n. 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Contudo, ao contrário da regra geralmente aplicada pela jurisprudência para a pessoa natural (quando o dano é considerado *in re ipsa*), a pessoa jurídica tem que comprovar o dano moral sofrido para receber a indenização: “[...] 1. O dano moral reflexo, indireto ou por ricochete é aquele que, originado necessariamente do ato causador de prejuízo a uma pessoa, venha a atingir, de forma mediata, o direito personalíssimo de terceiro que mantenha com o lesado um vínculo direto. Precedentes. 2. A Súmula 227 do STJ preconiza que a pessoa jurídica reúne potencialidade para experimentar dano moral, podendo, assim, pleitear a devida compensação quando for atingida em sua honra objetiva. [...] 4. O abalo de crédito desponta como afronta a direito personalíssimo - a honradez e o prestígio moral e social da pessoa em determinado meio - transcendendo, portanto, o mero conceito econômico de crédito. [...] 7. Não obstante, no que tange ao dano moral indireto, tal presunção não é aplicável, uma vez que o evento danoso direcionou-se a outrem, causando a este um prejuízo direto e presumível. A pessoa jurídica foi alcançada acidentalmente, de modo que é mister a prova do prejuízo à sua honra objetiva, o que não ocorreu no caso em julgamento, conforme consignado no acórdão recorrido, mormente porque a ciência acerca da negação do empréstimo ficou adstrita aos funcionários do banco. 8. Recurso especial não provido. (REsp. 1022522/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julg. 25 jun. 2013, pub. 01 ago. 2013)”.

jurídicas tende a fazer com que sua proteção se iguale ou supere àquela concedida às pessoas naturais, cujo fundamento é diverso, qual seja a dignidade da pessoa humana.²²

Portanto, “dúvidas não restam de que o próprio substrato ontológico das pessoas jurídicas atua como fator de delimitação de sua capacidade, diferenciando-a daquela reconhecida às pessoas naturais, seja por restringi-la ou por incrementá-la com direitos não atinentes ao homem” (EBERLE, 2006, p. 112)²³. Não se pode confundir a capacidade jurídica concedida aos entes criados pelo próprio direito, com a proteção da pessoa humana em razão de sua dignidade, fundamento da República, consagrado na Constituição em seu art. 1º, III (TEPEDINO, 2013, p. XXVIII).²⁴

4. Capacidade jurídica

Conforme já mencionado, a capacidade jurídica não se confunde com a personalidade, no sentido de subjetividade. Trata-se de critério *quantitativo* que se opõe ao critério *qualitativo* da subjetividade. Com isso se quer dizer que, enquanto para ter subjetividade basta ser (ter a qualidade de) sujeito de direito, isto é, ser pessoa²⁵, a capacidade traduz-se num *quantum*, que é variável a depender do caso concreto.²⁶

Nesse sentido, afirma-se que a capacidade é a intensidade do conteúdo da personalidade e, por isso, é definida comumente como a medida da subjetividade (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2008, p. 5). Conforme Francisco Amaral

²² Conforme lembra Pietro Perlingieri, “[...] é possível remover o equívoco sobre a extensão dos direitos da pessoa humana às pessoas jurídicas. Se a tutela da pessoa humana afunda suas raízes no princípio geral presente no art. 2 Const. e qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado na medida em que sejam essenciais para seu pleno desenvolvimento, também é verdade que qualquer interesse, referido às pessoas jurídicas, não apenas assume diferentes significados, mas recebe também uma tutela que encontra fundamento diverso” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 772). O dispositivo mencionado é da Constituição Italiana.

²³ Apesar de adotar posição diversa da preconizada no presente trabalho, destaca Adriano de Cupis que “os bens objetos do direito da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral, nem todas subsistentes para as pessoas jurídicas. O princípio de que a personalidade respeita a estas últimas, na medida em que respeita às pessoas físicas, encontra uma limitação na essência mesma das pessoas jurídicas, cujo substrato natural difere profundamente do das pessoa físicas. No entanto, esta limitação não chega para restringir a capacidade das pessoas jurídicas à esfera puramente patrimonial, segundo uma tendência própria dos defensores da teoria da ficção; mas tem apesar de tudo um valor próprio, do qual, considerado nos seus justos termos, não pode prescindir-se” (*Op. cit.*, p. 33).

²⁴ Segundo Gustavo Tepedino, “[...] a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada” (2013, p. XXVIII).

²⁵ Lembre-se de que a lei pode conceder a subjetividade aos seres despersonalizados.

²⁶ Para Francisco Amaral, “enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa” (*Op. cit.*, p. 216).

(2000, p. 216), o “ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela. A capacidade é então a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade”.

De acordo com Heloisa Helena Barboza (2011, p. 325), a capacidade é conceito dinâmico e admite graus, ausência parcial, limitações e extensões. Por sua vez, a personalidade é conceito absoluto e de existência elementar: existe ou não. Se é pessoa e se tem capacidade. Esta é uma consequência da personalidade: a personalidade é um *prius* e a capacidade um *posterius*. Se é pessoa porque se tem personalidade, logo, deve haver um mínimo de capacidade.

Nesse sentido, posiciona-se José Carlos Moreira Alves (2004, p. 97):

Com efeito, enquanto a *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode-se ter mais capacidade jurídica, ou menos). [...] No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não poderiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético).

A capacidade é conceito necessariamente quantitativo, que admite gradação. Mas, a pessoa, como sujeito de direito, possui subjetividade e, deve ter, ao menos, um mínimo grau de capacidade. Por conseguinte, volta-se à ideia de discernimento, que, para as pessoas naturais, separa a capacidade da incapacidade. A gradação da capacidade para as pessoas físicas depende do grau de discernimento.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010b, p. 191) leciona que “quem tem discernimento é considerado plenamente capaz; quem o tem reduzido é tido por relativamente incapaz; e aquele que não o tem é declarado absolutamente incapaz”. Assim, de acordo com a autora, somente “quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos” (2010b, p. 192), vinculando as noções de discernimento e autonomia.

A capacidade, numa perspectiva dinâmica, é o *quantum* – da aptidão genérica para titularizar situações jurídicas subjetivas que existe em todas as pessoas – que poderá ser efetivamente exercido de forma direta num dado caso concreto. Se é pessoa, possui a qualidade de sujeito de direito e, como consequência, tem capacidade jurídica, mas nem todo sujeito de direito poderá exercê-la por si mesmo.

Nas pessoas jurídicas e nos entes despersonalizados, a lei estabelece os contornos e limites à sua capacidade²⁷. Já para as pessoas físicas, a gradação da capacidade trará a bifurcação entre a capacidade de direito e a capacidade de fato conforme o nível de discernimento do indivíduo no caso concreto, sendo que qualquer limitação depende, igualmente, de previsão legal. Na esteira do ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, quanto maior o discernimento, maior a capacidade e, como consequência, maior a liberdade da pessoa para realizar suas escolhas de vida.

Assim, a capacidade de direito compreende o momento estático e o sujeito como portador imóvel de interesses. A capacidade de agir ou de fato expressa o aspecto dinâmico, sendo a idoneidade do sujeito para desenvolver suas atividades. Esta última varia de acordo com os pressupostos de cada tipo de ato e poderá ser limitada para atender objetivos determinados, como o de proteção dos menores de idade ou dos interditos (BARBOZA, 2011, p. 326).²⁸

5. Capacidade de fato. O regime das incapacidades: absoluta e relativa.

Uma vez presente a personalidade e a capacidade de direito, tem-se que a capacidade de fato representa o poder que a pessoa natural tem de dirigir-se autonomamente na ordem civil (EBERLE, 2006, p. 137). Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a capacidade de exercício se traduz na idoneidade para atuar juridicamente exercendo direitos ou cumprindo deveres por ato próprio ou mediante um representante voluntário ou legal.²⁹

Como já repetido à exaustão, todas as pessoas possuem capacidade de direito. É que, no plano do direito privado, vigora o *princípio da capacidade total de direito*. Segundo Pontes de Miranda (2012, pp. 247-248), não há “incapacidade de direito, por motivo de

²⁷ De acordo com Francisco Amaral: “nas pessoas jurídicas são os respectivos órgãos administrativos que exercem a capacidade de agir na forma da lei ou do estatuto, limitadas às relações jurídicas de caráter patrimonial, pois não há campo para aquelas próprias da pessoa física, como o direito a alimentos ou as relações familiares” (*Op. cit.*, p. 227).

²⁸ “[N]ão se nega ao indivíduo a qualidade para ser sujeitos de direito, daí resultando na atribuição generalizada de capacidade de direito. Esta pode ser ou não acompanhada da capacidade de fato, ou seja, a capacidade para a aquisição e para exercê-los por si mesmo. Portanto, ter plena capacidade de fato é ter aptidão para utilizar os direitos na vida civil, exercendo-os por si mesmo, sem necessidade de assistência ou de representação. Daí dizer-se que a capacidade (critério quantitativo) é a medida da personalidade, no sentido de subjetividade, ou a qualidade de ser sujeitos de direito (critério qualitativo)” (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2008, p. 5).

²⁹ “A capacidade de exercício ou capacidade de agir - já o dissemos - é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direito ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou cumprindo obrigações, por acto próprio e exclusivo, ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado”. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1996, p. 214.

religião ou de pertencer a uma ordem religiosa, ou por motivo de convicção filosófica ou política; nem se admite a morte civil, fundada em regras de direito romano ou canônico”. Diferentemente, a capacidade de fato pode não estar presente em todas as pessoas, ou, ao menos, não no mesmo grau.

Enquanto a capacidade de direito se refere à extensão ou medida do universo de situações jurídicas subjetivas ou relações jurídicas titularizáveis por uma pessoa, a capacidade de fato, de exercício ou negocial, embora também um conceito quantitativo, se funda em premissas qualitativas ligadas ao pressuposto da “racionalidade humana” do conceito de pessoa (SILVA; CICCIO, 2011, pp. 129-130).³⁰

Para separar a capacidade de fato da jurídica, leciona Caio Mário da Silva Pereira (2005, pp. 263-264) que:

[...] a esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo. [...] Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada de capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos confere, diversamente do que ocorria na antiguidade. E se aqueles que preenchem condições materiais de idade e saúde e etc. se dizem portadores de capacidade de fato, é também porque o ordenamento jurídico lhes reconhece a aptidão para o exercício pessoal dos direitos.

Decerto, a capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica. Aquela advém da simples condição de ser pessoa, detentora de subjetividade; esta depende, nas pessoas naturais, do nível de discernimento de cada indivíduo, do desenvolvimento da racionalidade humana, ou melhor, do grau de discernimento.

Com efeito, as limitações à capacidade de exercício devem ser vistas como excepcionais, sendo necessariamente estabelecidas em lei, não se admitindo interpretação extensiva. Atualmente, são admitidas as limitações que dizem respeito à impossibilidade de a pessoa se autogovernar, que pode ocorrer em razão da idade ou de algum estado que comprometa o discernimento (BARBOZA, 2011, pp. 326-327).

Outrossim, a ausência de capacidade de fato não interfere na titularidade de situações jurídicas subjetivas, pois a capacidade de direito, assim como a subjetividade, estarão sempre presentes. O incapaz pode adquirir direitos e contrair obrigações: pode ocupar a posição de credor ou a de devedor em uma relação obrigacional. Contudo, para tanto, a lei prevê a

³⁰ Assim, para a ausência de capacidade de fato, “o requisito ‘racionalidade autônoma’ encontra-se materializado de forma insuficiente para que se permita a prática pessoal de todo e qualquer ato constitutivo, modificativo ou extintivo de relações jurídicas ou situações subjetivas relevantes”.

necessidade de estar assistido ou representado, se relativa ou absolutamente incapaz, respectivamente.³¹

Registre-se, ademais, que a restrição da capacidade de exercício não se confunde com a exigência de uma capacidade especial (ou específica), nem com proibições ou impedimentos, hipóteses em que a pessoa tem plena capacidade, mas não poderá praticar determinados atos ou deverá atender a alguma exigência legal para tanto (BARBOZA, 2011, pp. 329-330).³²

Igualmente, a capacidade de fato difere da legitimidade. Esta é a “aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas” (AMARAL, 2000, pp. 224-225). Assim, enquanto que a capacidade é genérica, a legitimidade se refere a um determinado ato em particular.³³

O instituto da incapacidade foi construído para a proteção de determinado grupo de pessoas, seja em razão da tenra idade ou de alguma deficiência psicofísica, atendendo a uma falta de discernimento de que sejam portadores. Tendo em vista a diversidade de condições pessoais dos incapazes, e a maior ou menor profundidade da redução do discernimento, o Código Civil separa, de um lado, “os que são inaptos para a vida civil, na sua totalidade” e, de outro, “os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de exercício”. Dessa forma, conforme a extensão da incapacidade, a lei gradua a forma de proteção, sendo os primeiros considerados *absolutamente incapazes*, que se sujeitam ao instituto da

³¹ Afirma Pontes de Miranda que é preciso repelir a ideia de que a ausência de capacidade de exercício teria como consequência a incapacidade de direito, pois não cabe admitir que “o representante do incapaz de obrar adquira para esse. Quem adquire, para si, por intermédio do representante legal, [...] é o próprio incapaz” (*Op. cit.*, p. 249).

³² Como exemplo de situação de capacidade especial, a autora aponta a adoção, em que a lei exige uma idade mínima (21 anos, segundo o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/1990), não bastando ser maior de idade (18 anos) para que possa adotar. Nesse diapasão, lembra-se da lição de San Tiago Dantas: “[...] nascido o homem, a sua personalidade jurídica está completa, mas não devemos dizer que a sua capacidade jurídica é a mesma. [...] Há certos direitos e obrigações de que o homem só se torna capaz em certas circunstâncias, e essas limitações constituem modificações da capacidade jurídica. [...] O homem que ainda não completou 21 anos não pode adotar [...]. Quer dizer, são limitações que a lei vai criando ao longo da vida do homem e que representam, não há dúvida, restrições à capacidade jurídica, mas são restrições à capacidade concreta” (*Op. cit.* p. 135-136).

³³ Como exemplo, pode-se mencionar o art. 1.647 do Código Civil, que trata da necessidade de outorga conjugal para a prática de determinados atos pelos cônjuges. Estabelece o dispositivo que “ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de onus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; III – prestar fiança ou aval; IV – fazer doação não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação”. Apesar de plenamente capaz, para que o cônjuge tenha legitimidade para praticar qualquer desses atos, precisará de autorização de seu consorte ou de suprimento judicial desta (art. 1.648). Nesse sentido, entende o STJ no enunciado n. 332 de sua Súmula que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

representação; e os segundos *relativamente incapazes*, que se submetem à *assistência* (PEREIRA, 2005, pp. 272-273).³⁴

Assim, enfatiza a doutrina que a finalidade precípua do regime das incapacidades é a proteção do incapaz nas relações jurídicas patrimoniais. Decerto, as restrições à capacidade de agir, sejam absoluta ou relativa, não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo negocial (EBERLE, 2006, p. 139). No entanto, em razão das demandas crescentes das pessoas por autonomia, surge o questionamento quanto à aplicação das normas civis que regem a capacidade civil de modo irrestrito às relações existenciais (TEIXEIRA, 2008, p. 12).

Insta frisar, como se demonstrará, que a divisão estanque entre capacidade e incapacidade, entre capacidade de direito e de exercício, resente-se do impacto provocado pelo crescimento da importância das relações existenciais, que passaram a ser protegidas de forma prioritária pelo ordenamento jurídico, com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana (at. 1º, III da Constituição da República). Tal separação absoluta tende a ser bastante questionada, principalmente quanto às escolhas ligadas diretamente ao exercício da autonomia existencial dos incapazes.³⁵

6. (In)Capacidade e autonomia privada: liberdade e discernimento

A liberdade é essencial ao ser humano como condição para uma vida digna. Conforme autorizada doutrina, “liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências, de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier” (BODIN DE MORAES, 2010a, p. 108). Judith Martins-Costa (2009, p. 9) afirma que

[...] o homem modela a si mesmo com liberdade e nisto está a sua dignidade. A surpreendente correlação entre ser humano e autonomia, e entre essa e uma nova espécie de dignidade, (...) não mais uma dignidade do *que se tem*,

³⁴ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”; e, “Art. 4º São incapazes, relativamente, a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento completo; IV – os pródigos”, do Código Civil.

³⁵ Nesse sentido, é o enunciado no. 138 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3o, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Por sua vez, como enfatiza a doutrina, a finalidade precípua do regime das incapacidades é a proteção do incapaz nas relações jurídicas patrimoniais. Segundo EBERLE, Simone. Op. cit. p. 139, “as restrições à capacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo negocial”.

mas do que *se é* como espécie no reino da natureza. (...) Daí que a *dignidade* – conotada ao ser humano, não ao *status* por ele ocupado na ordem social – valerá *singularidade e autonomia*.³⁶

Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia envolve a *capacidade de autodeterminação*, sendo o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. É o poder de realizar escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da concepção de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Com efeito, as “decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade” (BARROSO; MARTEL, 2010, pp. 191-192).³⁷

Por sua vez, a autonomia privada³⁸ encontra-se entrelaçada com a capacidade jurídica. Como visto, aos indivíduos, às vezes, faltam requisitos materiais para dirigirem-se com liberdade no mundo civil. Embora a ordem jurídica não negue, a capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a *autodeterminação*, interdizendo o exercício dos direitos, de modo pessoal e direto, todavia condicionando à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em incapacidade (PEREIRA, 2005, pp. 264-265).

Como leciona San Tiago Dantas (2001, pp. 136-137), a incapacidade é suprida a “colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, decida em colaboração com ele”. Desse modo, ao lado do absoluta ou relativamente incapaz, existe sempre alguém que o represente ou assista, respectivamente, suprimindo a sua incapacidade, mas isso, sem dúvida, significa uma brutal restrição à autonomia do incapaz.

Consoante Gustavo Tepedino, a autonomia privada foi qualitativamente alterada na atual ordem constitucional. A noção, como concebida na visão patrimonialista e individualista do século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal.

³⁶ A autora baseia-se nos estudos de Pico della Mirandola.

³⁷ Os autores baseiam-se nas lições de Ronald Dworkin.

³⁸ Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia privada pode ser considerada, no ponto de partida, como “o poder, reconhecido ou concedido por ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”. É a “liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual”. No entanto, como se verá, “essa concepção está radicalmente alterada na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: liberdade da pessoa, e a responsabilidade conseguinte, ultrapassa e subordina a iniciativa econômica a si própria” (*Op. cit.*, p. 335-336).

Quanto ao primeiro aspecto, assiste-se “a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada” (TEPEDINO, 2009, p. 14). O ordenamento, que a partir da Revolução Francesa – em razão do princípio da igualdade formal –, passou a assegurar a toda pessoa tratamento isonômico perante a lei, volta sua atenção no direito contemporâneo para as diferenças que a inferiorizam, tornando-a vulnerável, visando alcançar a igualdade substancial. “Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana” (TEPEDINO, 2009, p. 15).

No que se refere ao segundo aspecto, a mudança no objeto da autonomia privada “revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado” (TEPEDINO, 2009, p. 15). Por fim, a forma dos atos jurídicos passa a exercer papel de limitação da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e da proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade (TEPEDINO, 2009, p. 15).

Assim, como toda pessoa natural, por ser sujeito de direito, possui subjetividade e, em consequência, capacidade, esta última é variável, dependendo, na sua perspectiva dinâmica, do nível de discernimento de cada indivíduo. Conforme Maria Celina Bodin de Moraes (2010b, p. 191):

[...] para que o sujeito possa exercer pessoalmente a sua liberdade, isto é, gozar em primeira pessoa da liberdade que o ordenamento jurídico lhe concede, o Código Civil estabelece alguns requisitos, sem os quais ocorre a condição dita incapacidade. (...) O ordenamento considera como o divisor de águas, a linha que separa a capacidade da incapacidade: a noção de discernimento.

Apesar de inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota na capacidade civil, questão que causa perplexidade no que diz respeito aos atos praticados por incapazes. Como observa Heloisa Helena Barboza (2008, p. 417), “não há como negar aos que têm a sua capacidade civil restringida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil”.³⁹

Mais do que isso, a autonomia privada, como já explicado, mudou. Na legalidade constitucional, a noção de autonomia privada sofreu uma profunda transformação conforme

³⁹ Conforme lembra Ana Carolina Brochado Teixeira, com base em Giorgio Stella Richter, “não se pode ignorar que mesmo os incapazes não estão totalmente excluídos da prática de atividades de conteúdo patrimonial, tais como os atos necessários à vida cotidiana, chamados de relações contratuais de fato. A controvérsia é acentuada em razão de uma visão monolítica da capacidade de agir, pressuposto necessário de qualquer ato a ser realizado. [...] Se um dado comportamento é valorizado como tal e independentemente da consciência que o sujeito possa ter, valoriza-se o autoregulamento de interesses, não tendo relevância para a sua validade a capacidade de fato do sujeito que praticou o ato” (TEIXEIRA, 2008, p. 7 [nota 12]).

sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação existencial⁴⁰. Isso porque o legislador democrático entendeu que a vida, para ser digna (art. 1º, III da Constituição da República), precisa, intrinsecamente, da maior liberdade possível nas relações não patrimoniais (BODIN DE MORAES, 2010b, p. 190).⁴¹

A liberdade das crianças e adolescentes é garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos arts. 15, 16, 17 e 142, parágrafo único⁴², em que se prevê que o poder familiar deve ser exercido com respeito à intrínseca autonomia individual, como pessoas humanas em desenvolvimento e que gozam de prioridade absoluta na defesa de seus direitos fundamentais, consoante determina o legislador constituinte no art. 227. Conforme sua peculiar “capacidade de discernimento”, devem ser respeitadas as escolhas de vida das crianças e adolescentes, mesmo que contrárias às próprias percepções individuais dos pais⁴³.

Igual raciocínio se aplica aos portadores de deficiência no desenvolvimento mental⁴⁴. Atualmente, a tutela das pessoas com deficiência exige a observância da Convenção sobre os

⁴⁰ Segundo Pietro Perlingieri, “a tentativa de individuar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 41 Const.) é parcial: a autonomia negocial não se identifica e nem se exaure com os atos de empresa. Não se pode deixar de colocar em relação a negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – com o princípio geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.). Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados em função dos valores e interesses a realizar. [...] A constatação do diverso fundamento (constitucional ou comunitário) da autonomia negocial é de máxima importância, ainda que não seja reconhecida adequadamente pela doutrina em seu significado pleno: um fundamento diverso corresponde uma colocação diferente na hierarquia de valores. Quando a autonomia (o poder de por regras) atinge fortemente o valor da pessoa humana, a consideração do ordenamento não pode ser abstrata, não pode ser formalisticamente igualar a manifestação de liberdade que toca profundamente a identidade do indivíduo e a liberdade de perseguir o maior lucro possível” (PERLINGIERI, 2008, p. 347-349). Os dispositivos mencionados são da Constituição Italiana.

⁴¹ E prossegue a autora: “no que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeitos – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento –, considera-se haver uma ‘proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade’. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional. O mesmo não se dá com as situações privadas patrimoniais, mais sujeitos à intervenção por parte do Estado. Tais situações, em virtude de fatores socioeconômicos considerados pelo constituinte, devem desempenhar, além da função individual, também uma função social”.

⁴² Art. 15: “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”; art. 16: “o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – ir, vir e estar nos logadouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – brincar, praticar esportes e divertir-se; V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI – participar da vida política, na forma da lei; VII – buscar refúgio, auxílio e orientação”; art. 17: “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”; e art. 142, parágrafo único: “a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual”, todos do ECA.

⁴³ Sob o ponto, fundamental a leitura de MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

⁴⁴ Defende Rafael Garcia Rodrigues que “[...] é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano. Apesar de o sistema propugnar que o melhor interesse de tais indivíduos seria preservado delegando o

Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁵ e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, e incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que impõe que se conquiste e conserve “o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida” (art. 26.1). À luz da própria principiologia encartada na referida Convenção, impõe-se que se promova a autonomia das pessoas legalmente incapazes em razão de deficiência que tenha reduzido o seu discernimento, sobretudo no que concerne aos seus direitos fundamentais.

Sobre a necessidade de revisitação da estanque divisão entre pessoas capazes e incapazes, sobretudo no exercício das situações de cunho existencial, Pietro Perlingieri (2008, pp. 1003-1004) leciona que

[...] a contraposição entre capacidade e incapacidade de fato e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade. As capacidades de entender e de querer, de discernir, são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais a uma progressiva realização.⁴⁶

Ressalte-se, a propósito, que os ensinamentos de Pietro Perlingieri são inteiramente aplicáveis à realidade brasileira a partir da ordem constitucional inaugurada em 1988. Com efeito, incorporou-se no ordenamento brasileiro a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente⁴⁷, instrumentalizando a especial proteção devida a essas pessoas de acordo com seu peculiar grau de discernimento, como natural e necessário desdobramento da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

pode de escolha a um representante, tal medida implicaria em violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), de sua liberdade e intimidade” (*Op. cit.*, p. 13-14).

⁴⁵ Nos termos da referida Convenção: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (Artigo 1).

⁴⁶ Em igual sentido, cf. TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 203-204 e 211-215.

⁴⁷ Art. 227, *caput* da Constituição da República: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Assim, torna-se imperiosa a reconfiguração do sujeito de direito, afastando-se de sua versão abstrata para valorar-se a pessoa humana concreta, inserida em determinada relação jurídica (TEIXEIRA, 2008, p. 16). Consoante Heloisa Helena Barboza (2008, p. 422), “os até então silenciosos passaram a ter reconhecido seu direito de manifestação, expressando autonomia condizente com seu desenvolvimento”, o que, apesar de não autorizar, por si só, a concessão da capacidade civil plena, não pode ser desprezado em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁸⁻⁴⁹

7. Considerações finais

Conforme visto, a capacidade jurídica se traduz na aptidão genérica para titularizar situações jurídicas subjetivas na ordem civil. Noção esta que não se confunde com a personalidade – como valor objetivamente protegido pela cláusula geral de tutela da pessoa humana – e nem com a subjetividade, qualidade de ser sujeito de direito atribuída pelo ordenamento a todas as pessoas, físicas e jurídicas, para que possam figurar como sujeito de relações jurídicas, como também a alguns entes despersonalizados nos termos da lei.

Como conceito quantitativo, a capacidade é variável no caso concreto, conforme a natural gradação de discernimento da pessoa humana. No dizer de Maria Celina Bodin de Moraes (2010b, p. 192), “ter discernimento é ter capacidade de entender e de querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto, é a responsabilidade)”.

⁴⁸ A autora arremata posteriormente: “o que se percebe em todas as situações envolvendo pessoas vulneráveis, capazes ou incapazes juridicamente, não obstante a legislação já editada para a sua proteção, é o desconhecimento, quando não o comprometimento de sua autonomia que, mesmo reduzida por força do estado de vulneração em que se encontram, não deve ser preterida em determinadas situações. Na verdade deve ser protegida, quando não encorajada” (p. 423).

⁴⁹ Nesse sentido, parte da doutrina alude à *capacidade para consentir*, “como terceira esfera do gênero ‘capacidade’, atuando como um círculo distinto da capacidade de direito, ou de gozo, e da capacidade negocial ou de exercício”. Trata-se de noção originária do Direito Médico, servindo para delimitar o limite “entre as intervenções médicas praticadas em vista de um ato de autodeterminação do paciente e aquelas praticadas com a assistência ou mediante representação do legalmente responsável pelo paciente. [...] Na construção dessa ideia está a consideração de o *consentimento esclarecido* do paciente ser o ponto apto a marcar a legitimação e o limite da intervenção médica. [...] Com base na noção de capacidade para consentir, pode ser requerido um procedimento especial para a validação do consentimento de pessoa incapaz (por exemplo, um menor de idade) [...]. Assim sendo, diante de um pedido de suprimento da incapacidade para consentir nos casos de intervenção médica em bem da personalidade, a autoridade decisória deve, antes, determinar se o paciente *é ou não* concretamente *capaz de discernimento para o ato especificamente em causa*. O dado empírico, determinado e específico, será o ponto de partida do processo de singularização da capacidade para consentir relativamente ao ato atinente à saúde. Essa é a razão pela qual, inclusive menores – desde que possam, em algum grau, compreender, avaliar, se autodeterminar e expressar sua vontade – são não apenas destinatários da informação sobre o ato interventivo em sua saúde, mas, como hoje é internacionalmente reconhecido, capazes de decisão sobre aquele ato” (MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 251-252, nota da atualização de Judith Martins-Costa).

Assim, a pessoa natural poderá ter capacidade de direito, mas ser absoluta ou relativamente incapaz, faltando a capacidade de fato para praticar pessoalmente os atos da vida civil sem representação ou assistência, respectivamente. A capacidade jurídica é a posição estática do sujeito, enquanto a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica.

Contudo, como também visto, nem sempre a capacidade de exercício autônomo dos direitos deve ser restringida com a mesma intensidade. Com efeito, o excesso de proteção do ordenamento para com pessoas em situação de vulnerabilidade (como os incapazes) pode redundar numa verdadeira supressão de sua subjetividade, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento da personalidade – e, portanto, de relevância existencial – fiquem a cargo de terceiros (RODRIGUES, 2013, p. 13-14).⁵⁰

No caso das crianças e adolescentes, quanto à sua capacidade para exercício pessoal e direto de direitos, mais intensa será a atuação dos pais quanto maior for a falta de discernimento. “Na medida em que, gradualmente, no curso do processo educacional, os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais” (TEPEDINO, 2009, p. 212).

É bem verdade que, mesmo pessoas plenamente capazes, por razões protetivas de sua vulnerabilidade, podem ter sua autonomia tolhida pelo ordenamento. Volta-se aos casos narrados no início do texto.

Jovem atriz teve sua liberdade de expressão restringida pela Justiça do Estado de São Paulo, que proibiu sua nudez parcial e a simulação de ato sexual em peça de teatro. Ressalte-se que, apesar de plenamente capaz pela emancipação, como ela era menor de idade, entendeu-se pela prevalência de norma protetiva do ECA, restringindo-se a autonomia de Malu.

Nesse caso, é bastante questionável tamanha restrição à sua liberdade, em matéria de conteúdo existencial tutelada constitucionalmente, que é a livre manifestação artística⁵¹. Não se trata de negativa de aplicação do ECA em razão da pura e simples emancipação da atriz que a tornou plenamente capaz.

⁵⁰Em igual sentido, no que tange ao regime da incapacidade, Gustavo Tepedino entende que “a disciplina ali prevista por sua *ratio* voltada para a proteção do patrimônio do incapaz, mostra-se consentânea, tão-somente, com as situações jurídicas patrimoniais. No que tange às situações jurídicas existenciais, há incompatibilidade funcional na sua aplicação. Isto porque a vontade do incapaz – assim considerado seja em razão da idade, seja em razão do desenvolvimento psíquica – deve ser preservado, o máximo possível, no exercício de seus interesses, na medida em que se descortina seu discernimento: ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas a sua personalidade” (*Op. cit.*, 2009, pp. 203-204).

⁵¹ Art. 5º (*omissis*), IV – “é livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e art. 220, § 2º: “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, ambos da Constituição da República.

A autonomia privada, hoje esvaziada de sua carga puramente patrimonialista, não é um valor em si, sendo certo que a liberdade no que diz respeito aos aspectos existenciais, no tocante às escolhas que dizem respeito à própria construção da identidade da pessoa, deve ser protegida de forma prioritária. Fala-se na “presunção da máxima expansão das liberdades constitucionais”, regra que leva a que se adote uma interpretação extensiva das normas atributivas de liberdade e, correlativamente, restritivas das normas que a limitam (BODIN DE MORAES, 2010b, pp. 189-190).

Se, no primeiro caso narrado, impera certa polêmica, a decisão inicial no segundo exemplo é teratológica. Jovem casal de surdos-mudos foi impedido de se casar no Peru por não poder dizer sim perante autoridade. É de se lembrar que, no Código Civil de 1916, surdos-mudos eram considerados absolutamente incapazes por expressa norma legal.⁵²

Contudo, tal norma não poderia ser considerada como recepcionada pela ordem constitucional de 1988, que possui como razão fundante o princípio da dignidade da pessoa humana. Se os nubentes não tinham como, por circunstância que lhes era peculiar, dizer sim, a decisão de casamento poderia ser manifestada de diversas outras formas, inclusive pela linguagem própria dos surdos-mudos. Nada justifica tamanha restrição de sua liberdade em matéria cuja escolha é essencialmente existencial.

Indispensável, portanto, que a capacidade traduzida como liberdade de atuar na vida civil amplie-se para abarcar os atos de autonomia existencial, impondo a revisitação do regime de (in)capacidade, de modo a incluir socialmente as pessoas juridicamente incapazes, que, não raras vezes, são excluídos do universo jurídico e da vida social. Desse modo, a liberdade é um componente indispensável em um Estado Democrático de Direito, sobretudo se relacionada ao exercício da autonomia das pessoas humanas em questões afetas à uma existência digna.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. I, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵²Art. 5º do Código Civil de 1916: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (omissis) III – os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade”. Sobre a incapacidade dos surdos-mudos no Código Civil de 1916, lecionava San Tiago Dantas: “outro absolutamente incapaz é o surdo-mudo quando não é educado, quando não é capaz de exprimir a sua vontade com clareza. De fato, o surdo-mudo não tem a vontade habilitada, o que tem habilitado são os seus meios de expressão, se ele os possui por ter sido convenientemente educado. Se, porém, não os possui, terá sempre um curador presente” (*Op. cit.*, p. 140).

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, v I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidad. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioetica*, tomo I, Granada, 2011.

_____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. In PEREIRA, Tânia da Silva, MENEZES, Rachel Aisengart e BARBOZA, Heloisa Helena (Coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ ed, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. Direito do incapaz à constituição da própria família. In: *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed., São Paulo: Quorum, 2008.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

FAGUNDES, Herique. A capacidade de ser parte e os entes despersonalizados. In: *Revista de Direito Renovar*, vol. 34, jan/abr 2006, p. 59-114.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, vol. 6, 2009.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1996.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis de direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, ns. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998-1999.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, t. I., 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Denis Franco; CICCIO, Maria Cristina de. Pessoas: conceito, capacidade, responsabilidade. In: LACERDA, Bruno Amaro, FERREIRA, Flávio Henrique Silva, FERES, Marcos Vinicius Chien (Organizadores). *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011.